1. 87

Index

9 Vancius (Joh. Wembel) de Soui Oikonom. simplicis et relatae &c.
10 Krüsnoff (Christ.) Dissertatio de Differentiis juris... in Donationibus. &c.
11 Laucher (Georg Joach.) Dissertatio de Donationibus.
12 Drouineau (Philipp. Theod.) Dissertatio de Donationibus quaestiones &c.
13 Pellmester (Joh. Philipp.) Dissertatio ex materia Donationum quaestiones &c.
14 Pallas (Wilh. Jacobus) Dissertatio de Donationibus continens. &c.
15 Bonneau (Jacob. Ant.) Dissertatio de positione miscellaneas in Materia donationum
16. Joly (Claudius) Theses circa Donationum materiam &c.
17 Stuhlen (Johannes) Positione de Donationibus.

18 Pick (Ant. Henr.) Thesis de Donationibus.

19 Bornemann (Gottfr.) De Donationibus.

DISSERTATIO INAVGVRALIS JVRIDICA
EXHIBENS

DOMINVM A REI VINDICATIONE EXCLVSVM

SECVNDVM STATVTA HAMBVRGENSIA.

Quam

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO

SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DOMINO

GVILIELMO HENRICO

DVCE SAXONIÆ, JVLIÆ, CLIVIÆ, MONTIVM, ANGARIÆ
ET WESTPHALIÆ ET RELIQVA

IN ALMA SALANA

EX DECRETO ILLVSTRIS JCTORVM ORDINIS

PRÆSIDE

VIRO ILLVSTRI ATQVE EXCELLENTISSIMO

DOMINO

CHRISTIANO WILDVOGELIO

DVCI SAXO-ISENACENSI A CONSILIIS INTIMIS
CVRIÆ PROVINC. ASSESSORE GRAVISSIMO COLLEGIORVM IVRIDICORVM SENIORE ET ANTECESSORE

PATRONO ET PROMOTORE SVBMISSE SEMPER DEVENERANDO

PRO LICENTIA

SVMMOS IN VTROQVE JVRE HONORES CAPESSENDI
SOLENNI ERVDITORVM EXAMINI SVBJICIT

JOHANNES CONRADVS FIRNHABER,

HAMBVRG.

D. *JVNII* cIɔ Iɔ cc xv. HORIS ANTE ET POMERIDIANIS.

JENÆ, LITERIS MVLLERIANIS.



PRÆFATIO.



Diu mecum deliberavi, quodnam thema disputationi inaugurali, quæ secundum decretum celeberrimi in hâc Academia ordinis juridici, haberi à me debet, elaborandum præcipuè sumerem. Et illud quidem statim constitueram, experturum me vires in tali aliqua materia, quæ ex jure Hamburgensi desumta esset: quam verò ex plurimis, quæ se offerebant, potissimum eligerem, incertus eram. Primum decreveram fere, de argumento aliquo ex jure tutelarum disputare; nam cum matri, tutelam liberorum suorum suscepturæ, duo minimum contutores adjungantur, secundum *Part. III. Tit. 6. Art. 5.* tum sæpe quæstio incidit, utrum ab his contutoribus, qui *Assistentes* vulgò vocantur, eodem modo juramentum tutorium exigi possit, quam ab aliis, secundum *dict. Tit. Art. 14.* in utramque enim partem judicatum memini. Ve-

rum, ubi me ad pertractandam hanc sententiam applicui, statim graves aliquot difficultates oboriebantur, à quibus in peregrino loco, ubi nulla cum viris Juris nostri peritis colloquendi facultas datur, expediri me non posse animadverti. Placuit igitur præsens non injucunda, & valde utilis, sed nec adeo trita materia, *de Domino à rei vindicatione excluso secundum Statuta Hamburgensia*, cujus explicationem DEO juvante nunc aggrediar.

Thesis I.

Civitates Imperiales habent potestatem legislatoriam.

IN rubrica ipsa nihil magnopere, quod interpretatione egeat, invenio, nisi forte alicui stomachum moveat, quod *Statuta Hamburgensia* nominavi. Cur enim non potius dixi *Jus* aut *Leges?* nam urbibus Imperii liberis potestatem legislatoriam competere, nemo hodie inficiatur. vid. Myler. ab Ehrenbach. *de Statib. Imper. P. II. c. 39. §. 2.* etsi alii aliter hujus potestatis fundamenta jaciant, cum quidam ea ponant in superioritate territoriali, Zigler *de jur. Majestat. Lib. I. cap. 5. §. 11.* Mev. *ad Jus Lubecens. Quæst. prælim. 1. n. 39.* quidam in verbis Constitutionum Imperii, *Ordinat. Cameral. Part. I. Tit. 13. §. 1. & Tit. 57.* Dn. Schvveder *in Jur. Public. Part. Spec. Sect. 2. c. 13.* quidam in exemplis Ordinationum provincialium, quæ passim typis publicata exstant, Beat. Hert. *de Super. territorial. §. 25.* quidam denique in usu longævo, Illustris Dn. Thomas. *disput. de Stat. Imper. potestat. legislator. contra jus commune, §. 21.* Quando igitur Juri Hamburgensi legum nomen proprie convenit, videri possem

An jus Hamburgense recte vocetur Statuta.

sem injurius in *αὐτονομίαν*, & jus propriis legibus vivendi, hujus illustris Reipublicæ: siquidem constat, statuta ea communiter dici, quæ à civitatibus municipalibus, non sine jussu & confirmatione domini territorialis, conduntur. vid. Coras. *de Art. Jur. II. c. 15.* Sed ab hac objectione liberat me ipsa juri nostro præmissa præfatio, *in verbis:* Bei Exequirung dieser Stadt uhralten Statuten / *& paulo post:* in Observirung solcher Statuten / *& iterum:* solche alte *Statuta;* quamvis non diffitear, magis ad dignitatem Reipublicæ accommodatum esse titulum, qui fronti ipsius textus præfixus est, das Hamburgische Stadt-Recht. Nam ex illa altera & incongrua denominatione STATUTORUM, profluxit communis & perniciosus error, non tantum veterum, sed & complurium recentiorum Jurisconsultorum, qui docent, quod statuta in dubio interpretationem ex jure communi, seu Romano, passivam recipiant, & sic accipienda sint, ut jus commune quam minimum lædant: de qua opinione videatur instar omnium B. Ferdinandus Christophorus Harpprechtus, *P. II. Tractat. Academicor. de Success. p. 1105. num. 2. & 3.* Quem errorem non solum novi auctores explodunt, Dn. Thomas. *dict. Disput.* §. 77. Kress. *Spec. Jurisprud. in Prolegomen.* §. 36. & Conradus Sincerus, seu Kulpisius, *de Germanic. Leg. auctor.* §. 55. sed & jam olim castigavit David Mevius *in dedicatione Commentarii ad jus Lubecense*, his verbis: *Rectioris tramitis mihi hoc principium fuit apprehendisse, quod Lubecensis Jurisprudentia aliis suisque propriis ex fontibus magis, quam Romanis legibus haurienda esset;* quod etiam

An Statuta interpretationem recipiant ex jure Romano.

etiam ſpectant, quæ idem eodem loco, *Quæſtione præliminar. I. num 57.* egregie diſſerit: *non leviorem,* inquiens, *errorem illos errare exiſtimo, qui ex Juris Civilis rationibus ſtatutorum æquitatem examinant, quam qui ad eandem formam cuilibet ætati, ſexui & corpori, crepidas calceosve conficiunt.* Inſerui autem hanc obſervationem ideò, quia in ſequenti tractatione facile apparebit, quanto uſui ea ſit, in interpretatione tum juris patrii generatim, tum ſpeciatim hujus capitis, in quo verſamur, futura. Quando autem civitas noſtra Hamburgum poteſtatem legislatoriam acceperit, ſatis in obſcuro eſt; nam neque Adamus Thraciger *in Chronic. Hamburg. MSct.* neque Cyriacus Spangenbergius, *Lib. 2. Chronic. Schauenburg. c. 7.* ſed neque, qui hos refutavit, Petrus Lambecius, *Lib. 2. Origin. Jur. German. c. 28.* hanc quæſtionem verè deciderunt, cum D. Vincentius Placcius, cujus apud nos ſuper ea re conſcripta commentaria aſſervantur, longè aliud demonſtraverit. Sed nos hæc mittamus, quia magis ſunt hiſtorici fori. Nunc ad rem ipſam.

Theſ. II.

Verba Statuti Hamburgenſis.

Et primum quidem ipſum Statutum repræſentabimus, ad quod commentatio noſtra directa erit, *Part. II. Tit. 2. Art. 7.* Welcher Mann dem andern leihet ſein Pferd / Kleid / oder was es für Gut ſei / und auf waßerley er das aus ſeinen Gewehren läſſet mit ſeinem Willen / und verkaufft es derjenige / der es in ſeinen Wehren hat / oder verſetzt er daßelbige / oder wird es ihm abgeraubet oder abgeſtohlen: So mag derjenige / der es erſtlich verliehen oder verſetzt hat / darauf

auff wieder den Einhaber deßelben/ wofern derjenige solches mit gutem Titul an sich gebracht/ keine Forderung haben / sondern muß sich deswegen an denselben/ welchem er es geliehen oder versetzt hat/ oder so derselbige verstorben/ an dessen Erben halten. Annotant ad hunc articulum Interpretes juris nostri, Dn. Henricus Blockius, *in disputat. ad Jus Statut. Hamburg. Thes. 47. quæ est inter Lauterbachianas, Volum. 2. Disp. 5.* viri item amplissimi, gravissimique, Dn. Ericus Wördenhoff, & Dn. Nicolaus von der Fecht/ Senatores, quorum notas mecum liberaliter communicavit vir magnificus atque excellentissimus, *Dn. JOHANNES ANTONIUS WINCKLERUS*, Syndicus Reipublicæ Patriæ meritissimus, eiusque hoc tempore ad aulam cæsaream delegatus splendidissimus, Patronus meus magnus, cum desumtum esse ex Speculo Saxonico. Verùm ex adverso stat doctissimus Johannes Schilterus, *Exercit. 25. ad ff. §. 6. & sqq.* qui textum Juris Saxonici negat huc trahi debere; de quo ut eò melius judicari possit, primum apponam ipsa verba Speculi, Lib. 2. Land-Recht Art. 60. Welcher Mann einen andern leihet sein Pferd/ Kleid oder andre Fahrhaab/ oder versetzet/ oder zu welcher Weise die aus seinen Gewehren mit seinem Willen kömmt/ verkaufft sie denn der/ der sie in Gewehren hat/ oder versetzt er sie fürbaß/ oder verspielet sie/ oder aber abgeraubet/ jener der sie diesen verliehen oder versetzet hat/ der mag deren keine Forderung haben/ sondern allein wieder den/ dem der sie leihe oder versetzte. Jam quis non videt, eandem esse juris Saxonici, quæ

Esse ex jure Saxonico.

Ham-

Hamburgensis, verba, eandemq; utrobique sententiam, nempe COMMODANTI NON DARI, RE PER COMMODATARIUM ALIENATA, ADVERSUS TERTIVM POSSESSOREM REI VINDICATIONEM. Et tamen Schilterus, vir de jure Germanicô optimè meritus, contrarium nobis persuadere vult, dum ait, Jus Hamburgense non ex Jure Saxonico, sed ex erroneâ ejus interpretatione fluxisse. Non enim in omnibus casibus Commodanti, rei vindicationem adversus tertium denegari putat, sed eô tantum casu, si pactum commodato adjectum sit, ut possessio & dominium revocabile transeat in Commodatarium, ut Commodans de periculo eò securior sit interea. Sed unicuivis apparet, credo, explicationem istam nimis esse contortam, & maximè à sensu & simplicitate juris Saxonici alienam, ut animadvertit Leyserus *Collat. Jur. Saxon. & Roman. disp. 1. §. 46.* Nam variè emendat textum ipsum, ad quod remedium non nisi in extrema necessitate confugiendum erat, cum in vulgatis editionibus legatur, **oder zu welcher Weise die aus seinen Gewehren mit seinem Willen kömmt** / ipse ex duobus Codicibus manuscriptis scribi vult: **zu welcher Weise er die aus seinen Gewehren lässet mit jenes**/recipientis commodatarii, **Willen.** Sed cur quæso tam absurdam mentem juri Saxonico affingamus? an potest alicui quid commodari sine suo consensu? minime; non igitur opus fuit, ut illud specialiter moneretur. Et sive legas: **mit seinem Willen**/ sive **mit jenes Willen** / quoad rem ipsam idem erit; nam hæc clausula nihil aliud ostendit,

Schilterus refutatus.

quam

quam quod hic agatur de illis casibus tantum, ubi mediante contractu, & sic utriusque voluntate, tam Commodantis, quam Commodatarii, possessio naturalis in alterum transfertur, ut sic excludatur ille casus, quando absque interventu utriusque voluntatis, res ad alium pervenit. Stryck. *Us. Mod. ad Tit. ff. Commodat.* §. 7. Taceo, quod coeteræ Schilteri interpolationes tam longe quæsitæ sint, ut nullo modo cum textu componi queant. Præterea magnam opinionem veritatis nostro juri conciliat jus Suevicum, Lubecense & Culmense, in quibus eôdem modô constitutum est, ut si quis rem alicui commodaverit, & postmodum fiat, ut Commodatarius rem sibi concreditam alienet, vel quocunque modo distrahat, denegata sit domino rei vindicatio adversus possessorem, & personalis tantum commodati actio ipsi salva maneat adversus commodatarium, adeoque non possit convenire commodatæ rei possessorem, sed tantum commodatarium, cum quo contraxit ab initio, vel eo non amplius superstite, heredes ejus. Apponam ipsos textus. In speculo suevico ita disponitur: **Welch mann ein Pferd/ oder ein Gewannt/ oder ander fahrendes Gut setzt oder leihet mit seinem Willen/ so hat jener recht daran/ in des Gewalt es kömmt/** *cap. 226.* Mutilum esse locum Schiltero concedo: sed tamen, quid velit, claret. Jus Lubecense ita habet, *lib. 3. Tit. 2. Art. 1.* **Was ein Mann dem andern lehnet/ das soll er ihm unverdorben wieder geben/ oder bezahlen nach seiner Würde/ wann es verlohren wäre. verkauffte/ vergebe/ versetzte/**

Consensus aliorum jurium.

oder

oder alienirte / Er aber das gelehnte Gut / es sei welche Hand es wolle / so hat der Commodans oder Außleiher / keine Ansprach wieder die jenigen / welchen es verkaufft / vergeben oder versetzt worden / sondern muß bei seinem Mann dem Commodatario, oder bei seinen Erben auf des Todes-Fall bleiben: den Hand muß Hand wahren: & in fine Articuli sequentis additur: do jemand seinen Glauben gelaßen / do muß er ihn wieder suchen. Juris autem Culmensis, *lib. 3. tit. 5. cap. 1.* verba ita sonant: Wenn jemand sein Gut einem andern leihet / versetzet / oder vertrauet / und darüber zur Verwaltung setzet / derselbe aber solches einem andern wieder versetzet / oder anderer Gestalt wieder veräußert / so mag der Herr die Forderung an niemand anders haben / als an denen Persohnen / welchen er sein Gut geliehen / versetzet und vertrauet hat. Vid. plura apud Stryck. *Us. mod. ad tit. ff. de Rei Vindicat.* §. 8. & Hert. *lib. 1. paroem. 18.* Et in Batavia sua testatur Iohannes Voet *in Comment. ad Tit. ff. de Rei Vindic. num. 7.* cum multis aliis ibi citatis, hanc ferè consuetudinem obtinere, ut mensam fœnebrem exercentes, bona fide tuto accipiant pignori res furto subductas, non nisi pretio reddito easdem dominis suis restituturi, & ut certo tempore, certoque dierum vel hebdomadarum spatio aurifabri ac veteramentarii, res sibi venum oblatas ipsi venales publicè exponant, eòque lapso sic tutò emant, ut nonnisi pretio refuso vindicationem pati teneantur. Remota est prima juri nostro a Schiltero imputata absurditas; Sequitur altera: Ait enim Schilterus *d. l.* §. 8. contradictioni

Num occurrat contradictio in Statuto?

dictioni textum Statutorum Hamburgensium implicari. Cum enim dixisset de recipiente rem, verbi causa, commodatum, **oder wird es ihm abgeraubet oder abgestohlen/** mox adjici limitationem: **wofern derjenige solches mit gutem** Titul **an sich gebracht**: qua limitatione tolli priora verba, cum simul subsistere nequeant. Verum, ut ingenue fatear, nescio plane, an Dn. Schilterus affectu aliquo adversus conditores Statutorum nostrorum abreptus, utrum vero in elaboranda exercitatione ista aliquid humani passus fuerit, aut non potuerit videre, contingere posse, ut res mihi furto vel rapina ablata, ad tertium aliquem bona fide perveniat. Quid enim si fur, vel ejus mandatarius eam in foro venalem proposuerit, nonne fieri facillime potest, ut eam tertius fraudis minime conscius emat, adeoque justo titulo sibi acquirat. Tantum de Schilteri argutationibus.

Thes. III.

Statutum nostrum repugnare juri Romano.

Illud omnes fatentur, articulum nostrum ita, ut diximus, explicatum, juri civili Romano non convenire. Eo enim jure communis omnium actionum in rem lex est, ut sint adversus eum, qui rem, de qua agitur, possidet. *l. 25. ff. de oblig. & action. l. 36. ff. de rei vindic.* Hinc *in l. un. C. de alienat. mutand. judic. caus. fact.* dicitur, quod possessio actionem in rem pariat adversario; quod nihil aliud est, quam possessionem ejus, qui rem possidet, hoc præstare adversario id est, petitori, qui rem vindicat, ut cum possessore in rem agi possit, seu possessionem causam esse, quæ vindicanti actionem in rem tribuat adversus possesso-

rem. *L. 9. ff. de rei vindic.* vid. Donellus *Lib. XX. Comment. Jur. Civil. cap. 3 & Wesembec. Paratitl. ad tit. ff. de rei vindic. num. 4.* Atque nihil hic interest, quocunque titulo quis possideat, sive justo sive injusto. Omnis enim possessor ex æquo rei vindicatione tenetur. De malæ fidei quidem possessore nullum est dubium; nam si quis rem, quam furtivam esse agnoscit, prius reddere nolit, quam pretium a domino solutum sit, rem incivilem desiderat, secundum pronunciatum Imperatorum Severi & Antonini, *in l. 2. C. de furt.* imo, ut ipsi addunt, in criminis suspicionem incidit. Neque aliud dici debet de bonæ fidei possessore: ut ecce, si mater tua fundum tuum invito, vel ignorante te vendidit, tu tamen eum a possessore vindicare, etiam non oblato pretio, potes. *L. 3. & L. 23. C. de Rei vindic. & L. 16. ff. de Evictiom.* Imo, si quis rem alienam, exempli gratia, furtivam, bona fide comparaverit, & rursus bona fide ante interpellationem domini in alium transtulerit, dominus contra eum habet actionem, non quidem rei vindicationem, attamen ex æquitate actionem in factum, qua ejusmodi venditor ad id tenetur, quod ex ista venditione lucratus est, seu quod ultra pretium, quod ipse exsolvit, consecutus est. *arg. l. 52. ff. de rei vindic. l. 32. ff. de rebus creditis. l. 106. ff. de Reg. Iur.* secundum quam sententiam responsum est a Facultate Juridica Wittembergensi, ao. 1647. his verbis: Daß die distrahirte Sachen von denen / so dieselben / mit was Titul es auch sei / an sich gebracht / und nochmahls alß in ihrer Bewahrsam haben / abzufordern / und dem von H. wie-

der

der zuzustellen: im Fall aber eines und das andre allbereits von denen Besitzern veräussert / seind diejenigen / so wißentlich etwas vom Raube und Abnahm gekaufft oder sonsten erlanget / den rechten Werth deßelben / die andern aber / denen von dem vitio nichts wissend gewesen / so viel sie lucriret / zu erstatten schuldig. Vid. Struv. *Syntagm. jur. civil. exercit. XI Thes. 13.* Hert. *lib. 1. paroem. 17.* §. *4.* Speciatim quod rem commodatam vindicare dominus a quocunque possessore Jure Romano possit, recte ex argumentis *L. 8. & 9. ff. Commod. & l. 9. ff. de rei Vindic.* concluditur. Adde §. *16. Institt. de oblig. quæ ex del. nasc.* ubi statuitur, si commodatario res surrepta sit, dominum rei commodatæ, vel adversus commodatarium actione commodati experiri posse, vel adversus furem actione furti. *L. f. C. de furt.* Sic etiam, si res oppignorata non sit creditori tradita, sed a debitore retenta, & ab eo hac occasione contra pactum alienata, subsistit quidem alienatio, sed cum suo onere, *L. un. C. rem alienam gerent. non interd. rer. suar. alienat.* hoc est ita, ut creditor jus pignoris salvum retineat, *L. 12. C. de distr. pignor.* Dn. Block. *cit. differt. ad Ius Satut. Hamburg.* §. *51.* & hypothecaria actione adversus novum emtorem sibi consulere possit.

Thes. IV.

An Statutum sit rationabile?

Itaque Juri Civili jus nostrum hac in parte contradicit: & hinc exortæ sunt controversiæ de ejus rationabilitate. Olim enim firmiter sibi & aliis Jurisconsulti persuadebant, Jus Civile nihil aliud esse, quam naturalem rationem, moribus & literis expli-

An jus Germanicum, Romano contrarium, statim hoc ipso pro irrationabili sit habendum? quod illustratur exemplo Successionis ab intestato.

catam; huic consequens erat, ut omnia jura Germanica, Romanis contraria, tanquam iniquissima traducerent. Exempli gratia, jure Justinianeo, *Novell. 118. cap. 3.* quod Imperator Carolus V. *in Rec. Wormatiens. de ao. 1521.* §. doch hat unser Oheim ꝛc. approbavit, introductum est jus repraesentationis in linea collaterali, cujus vigore fratrum sororumque praedefunctorum liberi ad hereditatem demortui sui patrui, una cum patruis adhuc viventibus, vocantur, vid. Boehmer. *posit. de Success. ab intest. cap. 4. membr. 1.* §. *3.* ulterius autem hoc jus repraesentationis non producitur, ut satis emphatice *in dicta Novella* declaratur. Add. Rittershus. *ad Novell. Part. 7. cap. 13. n. 6.* De jure Saxonico autem non attenditur hoc jus repraesentationis. Berlich. *Part. 3. conclus. practicab. 24. n. 17. sqq.* Stryck. *Us. Mod. ad tit. ff. de Legib.* §. *6.* Hanc constitutionem juris Saxonici ab Electore Augusto, *Part. 3. Const. 18.* §. *ult.* post edictum Caroli V. denuo confirmatam, nihilominus inter ipsos jurisconsultos Saxonicos Colerus *Dec. 48. n. 9. sqq.* iniquissimam vocat, nulla de causa alia, quam quia aliud invenerat in jure Romano. Nam si iniquum non est, nepotes fratrum excludi a propatruis, quod fit jure Romano, non video, quomodo iniquum sit, liberos fratrum excludi a patruis, quod fit jure Germanico. Distantia certe unius in consanguinitate gradus, justitiam rei hujus non alterabit. Sed eo dilabuntur homines praejudicio autoritatis decepti.

Saxonici Jurisconsulti Statutum nostrum pro irrationabili habent

Idem plane fatum nostri dispositio juris experta est. Nam cum juris consulti Saxonici eam defendere debuissent, hi tamen primi fuerunt, qui

eam

eam reprehenderunt, vt videre licet ex deciso, quod apud Zobelium, *Part. 2. diss. 22. n. 14.* reperitur, ubi expresse præter alia dicitur. So haltens doch die Schöppen Stühle in diesem einig / daß in Practica auf dieses unbillige Recht nicht zu sprechen; si quæras, quare sit injustum hoc jus, statim respondetur apud Besoldum *in Pract. Thes. voce* Gewohnheit / *in addit.* 10
quia reclamat textus expressus *in L. 2. C. de furt. & serv. corrupt.* quasi vero nihil justum sit, nisi quod Romanis tale visum est, cœtera omnia sint injusta. Et tamen eandem fovent sententiam Carpzovius, *Part. II. cap. 26. d. 5. n. 5.* illustris Bergerus. *in Oeconom. Jur. lib. 3. tit. 2. §. 6.* & Dn. Leyserus *diss. 1. Collat. jur. Saxon. & Roman. Thes. 46.* Zobelius & Carpzovius ad irrationabilitatem juris nostri demonstrandam, utuntur hoc argumento, quod contractus & actus agentium non debeant aliquid operari ultra mentem & intentionem contrahentium. *L. 19. ff. de reb. credit.* Sed hoc brocardicum prorsus huc applicari non potest. Eo enim nihil aliud significatur, quam hoc, si aliquando incidat controversia, quid hoc vel illo contractu intenderint contrahentes, tum non debere pactum ultra cogitata extendi; Igitur hoc brocardicum non possumus usurpare contra tertium, cum quo nihil contraximus, sed tantum adversus contrahentem: Dn. Leyserus autem addit, pugnare pro Zobelii sententia generalem juris naturæ regulam, quæ, nemini dominium rei suæ sine voluntate & culpa ipsius auferre jubeat. Sed etsi commodantis spontanea voluntas in hoc casu non adsit, concurrit tamen ejus factum, ex eoque præsumta volun-

Qui refutantur.

voluntas. Nempe non omnino impossibile fuit commodanti prævidere, contingere posse, ut commodatarius rem alienet; dum autem hoc non obstante commodavit, & fidei Commodatarii tantum tribuit, quodammodo consensit in futuram alienationem, & consequenter etiam in exclusam vindicandi potestatem.

Thes. V.

Asseritur rationabilitas Statuti.

Refutatis objectionibus, nunc alia argumenta proferenda sunt, quibus Statutum nostrum ab injustitia liberetur. Suscepit defensionem ejus Mevius, *in Comment. ad Ius Lubecens. Part. III. tit. 2. Art. 1. & 2.* ex hac potissimum ratione, quia consulat commerciorum utilitati; absterrebuntur enim homines ab emendo, si metuant, ne post interjectum aliquod tempus, cum jam venditoris copia, adeoque regressus contra eum, haberi non amplius potest, tertius quidam adveniat, & rem tanquam suam vindicet. Et meruit hæc Mevii ratio applausum non vulgarem, cum eam secuti sint Esbachius *ad Carpzovium p. 2. c. 26. d. 5.* Hertius. *Lib. 1. paroem. 18.* Hoppius. *ad §. 2. Institt. tit. Q. M. R. C. O. in usu hodiern.* & anno 1698. prolixius explicaverit Iohannes Amseln / Professor Regiomontanus, peculiari dissertatione, cui titulus: *Rationabilitas Canonis Iuris Lubecensis ; Hand muß Hand wahren ;* imo iam ante in ipsis Statutis nostris, *Part. II. tit. 4. Art. 2. verb:* Zu beförderung gemeiner Hanthirung/ reperiatur. Sed ea ratio improbatur ab Antonio Matthæi *in paroem. Belg. 7. p. 224.* ait enim, commodatum non pertinere ad negotiationem; quod verum quidem est; interim tamen venditio a Commodata-

non quidem primario propter utilitatem commerciorum.

rio

tio facta ad negotiationem pertinet, ut adeo nesciam, quare hæc dubitatio contra superiorem sententiam prolata sit. Ego vero lubens quidem concedo, rationem Mevii hodie non inepte adduci ad justificandum Statutum nostrum, quia nunc quam maxime urbs commerciis floret, illisque unice sua incrementa debet. At, si de origine hujus antiquissimi juris quæritur, tum vereor, ne hæc ratio sufficiens sit; nam illo tempore nondum adeo Germania exportandis suis, & importandis alienis mercibus occupabatur. Malim igitur cum B. Georgio Beyero *Posit. ad tit. ff. commod. p. 282.* statuere, hanc regulam natales debere fidei antiquæ Germanicæ, ut magis contra intercipientem, quam bona fide accipientem agatur. Semper enim Germani bonam fidem tanti fecerunt, quanti alia natio nulla, nulloque in casu salva existimatione ab ea recedi posse, putarunt, de quo latius Hertius *lib. 1. paroem. 8.* Et eo me ducit ipsum jus Lubecense, quod *Lib. 3. tit. 2. Art. 2.* unumquemque jubet diligenter dispicere, cui rem suam commodet, his verbis: Ein jeder sehe wohl zu / wem er das Seine außleihet: ejusque rei adjicit deinde generalem rationem, do jemand seinen Glauben gelassen / do muß er ihn wieder suchen / id est, cujus semel quis fidem secutus est, res suas ei tradendo, cum in repetitione hujus rei sequi, seu convenire necesse est. Hæc igitur ratio, non autem utilitas commerciorum, vera & primaria juris hujus introducti causa est: hæc etiam ratio ab omni iniquitate Constitutionem nostram liberat. Nam, ut ipse Mevius *ad Jus Lubecens. d. art.* recte argumentatur, quem sua volun-

Sed propter conservationem fidei.

tate

tate quis accepit debitorem, eo contentus esse debet. *L. 10. §. 1. ff. Qui satisd. cogant.* quia eum admittendo probavit. *L. 3. ff. de fidejussor.* Si fides fallitur, suæ facilitati imputare debet, quod meliorem non elegerit. *L. 1. §. 10. ff. de separat.* Eodem tendit & altera ratio, quæ in jure Lubecensi, *d. Lib. 3. Tit. 2. Art. 1.* proponitur per notissimum Canonem: Hand muß Hand wahren. Repugnat enim contextui & toti compagi juris Germanici illa hujus Canonis interpretatio, quam dedit olim Syndicus quidam Gedanensis, quæque profertur in disputatione *de abusu Canonis Lubecensis*: Hand muß Hand wahren, habita Gedani 1707. sub præsidio doctissimi Willenbergii, *thes. 5. pag. 16.* hoc modo: diese Regul ist zu verstehen/ in rebus vitio aliquo affectis, dann da muß Hand Hand gewehren/ das ist/ ein jeder muß seinen Gewehrs-Mann stellen/ so er extra culpam sein will/ damit den eigentlich übereinstimmet *L. 5. C. de furt.*

Thes. VI.

In ipso jure Civili occurrere casus Statuto non valde dissimiles.

Neque abhorret a jure Civili, ut is, qui rei alicujus *causa sine qua non* est, in culpa tamen esse intelligatur. Huc pertinet, quod scriptum est in *L. 25. §. 4. ff. loc. cond.* culpæ conductoris annumerari, si propter inimicitias ejus vicinus arbores exciderit; igitur, etiamsi conductor nesciit, alterum sibi insidiari, tamen quia ejus causa damnum datum est, ipsi potius, quam locatori, hoc nocere debet. Sic in contractu æstimatorio quoque accidit, ut si ego propolæ cuidam rem vendendam dederim, ipse eam oppignoraverit,

pecu-

pecuniamque inde redactam in suos usus converterit, cessat rei vindicatio contra tertium possessorem, solaque actio personalis contra propolam, nempe actio præscriptis verbis, obtinet; de quo latissime Boehmerus *in disputatione de translatione dominii in contractu æstimatorio* §. 41. *sqq.* ubi exhibet Responsum Facultatis Juridicæ Hallensis, ao. 1701. Mense Augusto, super ea re datum. Add. Lauterbach. *de contract. innominat.* §. *ultimum. & sqq.* Qua de causa? nulla de alia, quam quia fidem propolæ secutus est. Sic pariter se res habet in magistris societatis, qui olim frequenter constituebantur. vid. Sigon. *lib.* 2. *de jur. antiq. civ. Roman. cap.* 4. Nam si plures socii unum de suo ordine societati præfecerint, tenentur ipsi in solidum propter omnes contractus, quos magister ille intuitu ac nomine societatis iniit. *L. 67. pr. ff. pro. Soc.* Idem fit in actione Exercitoria, *L. 1. §. f. L. 2. L. 4. §. 1. ff. de Exercit. Act.* & Institoria, *L. 13. §. ult. & l. 14. de instit. Act.* Cum igitur ipsi Romani in his negotiis aliam rationem allegare non possint, quam eam, quæ antea a nobis reddita est, quid impediat, quo minus nos ea in materia commodati utamur? Verum quidem est, quod dolus alienus mihi nocere non debeat, *L. 74. & L. 155. pr. ff. de reg. jur.* Interim si quæratur, an a me, qui rem melius cognoscere, & explorare, debui, utrum ab altero, qui plane culpa omni vacat, damnum ferri debeat, facile patet, prius affirmandum esse. Hoc autem contingit in casu Statuti nostri: Commodavi Cajo vestem, hanc ille vendidit Mevio; Debui omnino prius inquirere in Caji vitam & mores,

Aliud argumentum pro rationabilitate Statuti.

an sit talis, cui res pretiosa tuto committi queat; quod dum non feci, neglexi scire, quod scire potui, *c. 15. Dist. 37.* ideoque non excusor.

Thes. VII.

In Statuto requiritur, ut tertius sit possessor b. f.

Nunc videndum est, in quibus casibus obtineat regula Statuti nostri, quod nempe dominus sit exclusus a potestate rem vindicandi, neque contra tertium possessorem agere ipsi liceat. Et primum quidem (1) requiritur, ut tertius bona fide rem acquisiverit, *verb.* Wieder den Einhaber deßelben/ wofern derjenige solches mit gutem Titul an sich gebracht. Itaque si tertius sciverit, rem in se translatam non fuisse autoris sui, sed commodantis, tunc commodans rem alteri commodatam a tertio malæ fidei possessore consequi potest, per actionem rei vindicatoriam, ut annotavit ad Statutum nostrum Dn. Vincentius Müllerus, Consul. olim Reip. Hamb. Clariss. narratque Matthias Colerus *in decis. German. P. 1. decis. 7. n. 8. & 9.* ita Lipsienses de jure respondisse cuidam mercatori Silesio. Et merito quidem; dolus enim suus nemini prodesse debet. *L. 1. de dol. mal. & met. except.* Stryck. *Us. Modern. ff. Tit. Commod.* §. *8.* Bene autem notandum est, de quo loquatur Statutum, quia jam supra *thes. 2.* monuimus, quod Schilterus contradictionis Statutum incuset, quia in præcedentibus dicitur, hoc obtinere, etiamsi res furto ablata sit, *in verbis:* oder wird es ihm geraubet/ oder abgestohlen; & tamen requiri, ut possessor sit bonæ fidei, hujusmodi autem furem non esse. Repeto enim superiorem responsionem; adversus

sus furem ipsum posse rei vindicationem institui, sed non adversus eum, qui bona fide emit a fure. In quo tamen lubens fateor, jus nostrum iterum a Jure Civili abire; secundum jus civile enim vitium furti ita rem afficit, ut comitetur quemcunque, sive bonæ sive male fidei possessorem, neque vindicans pretium rei eorum alicui restituere teneatur. *L. 3. & 23. C. de rei vindic. L. 2. C. de furt.* Deinde (2) notandum est, hoc Statutum nostrum non tantum in foro mercatorum, sed ubicunque obtinere, propter verba generalia, welcher Mann/ quæ restringi ad solos mercatores sana ratio non patitur. Est quidem in contraria opinione Johannes Marquardus, *Lib. 2. de jur. mercat. cap. 9. n. 44.* eumque sequitur autor citatæ *in fine theseos quintæ* dissertationis sub præsidio Willenbergii habitæ, qui *pag. 18.* ut sententia ejus tanto rectius percipiatur, sequenti exemplo rem illustrat: *Si sutor, (commodatarius) poculum argenteum commodati nomine acciperet a sartore, (commodante) ut ille in festivitate nuptiali filiæ suæ uteretur, postea vero sutor hic (commodatarius) poculum illud apud Patricium Lubecensem, non mercatorem, sed literatum, oppignoraret, absurdum esset, sartori denegare vindicationem poculi sui.* Sed non moror dissensum Marquardi, vel hujus autoris, quia nititur duabus hypothesibus aperte falsis: quarum prior est, quod hic canon sit contra jus commune, adeoque ita explicandus, ut illud quam minime lædat; posterior, quod tantum in utilitatem commerciorum sit repertus. Sed quemadmodum hæc posterior *in thes. 5.* est refutata, ita prior ab hodiernis Practicis fere communiter

Differentia Juris Civilis & Hamburgensis circa rem furtivam.

Statutum non obtinet tantum in foro mercatorum, sed ubique.

niter, & rectissime quidem, rejicitur, qui docent, jus Romanum tantum esse subsidiarium, vid. Tit. *Observ. ratiocinant. in Lauterbach. Obs. 2.* & J. C. Heydelmann. *in diatrib. de recept. jur. Roman. Sect. 2. §. 5.* Ergo ante omnia Statuta loci ac leges provinciales ad decidendas controversias forenses, tanquam jus principale, adhibendæ sunt: in quibus, si quæ obscuritas subnascitur, interpretatio facienda est ex principiis propriis, hoc est, ex sana ratione & constitutione Reipublicæ desumtis, non autem ex principiis juris Romani, utpote cui tunc demum locus est, ubi aliquid non est in Ordinationibus provincialibus definitum. vid. Stryck. *discurs. præliminar. ad Us. Modern. §. 27. & seqq.* Firmum ergo manet, non posse Statutum ad mercatores restringi, præcipue cum tempore conditi hujus juris, commercia nondum adeo floruerint.

Thes. VIII.

Statutum non in solo commodato obtinet.

Tertio autem (3) & potissimum quidem illud perpendendum est, an hoc jus in solo contractu commodati obtineat, an vero pertineat ad contractus etiam alios? Et quidem in Jure Lubecensi videtur canon ille, Hand muß Hand wahren/ restringi ad solum commodatum, & comprobat Marquardus, *Lib. 2. de Jur. Mercat. cap. 8. num. 88.* præjudicatis Senatus Lubecensis, eum in deposito, verbi gratia, non observari. Sed jure nostro Hamburgensi aliud dicendum esse prorsus puto, propter verba: Und auf waßerley Weise er das aus seinen Gewehren lässet mit seinem Willen / quæ ad unam speciem applicari se non patiuntur, & ex

quibus

quibus verbis apparet, principium Statuti: Welcher Mann dem andern leihet/ non esse exclusive intelligendum, sed commodatum tantum exempli loco apponi, quod etiam animadvertit Amplissimus Dn. Ericus Woerdenhoff, *in Notis ad Statutum nostrum.* Neque ideo, quod hic articulus sub titulo *de commodato* positus est, recte dicitur, ad illud etiam restringi debere; Per *rubrum* enim speciale non potest *nigrum* generale restringi; Et quemadmodum non creditur referenti, nisi de relato constet, *Auth. Si quis in aliquo. C. de edend.* Mascard. *de probat. Volum. 2. Conclus. 923.* Goeddeus *de contrahenda & committenda stipulatione, cap. 1. num. 5.* ita, si in titulo minus sit, in subjecto capite plus, nihil ex titulo inferri potest. vid. Vigl. Zuichem. *ad L. 1. ff. de reb. credit. num. 16.* Idem mecum sensisse videtur Magnificus Dn. Vincentius Garmers, cum sententiam Statuti nostri, *in Not. ad Part. 2. Tit. 4. Art. 2.* his generalibus verbis exprimit: Wann der Herr einem ein Pferd leihet/ oder sonst aus seinen Wehren lässet / und der es in Wehren hat / es verkaufft / versetzet / oder wann es dem abgestohlen wird / so kan der Herr wider den nicht agiren / der es bono titulo an sich gebracht/ sondern muß sich an den halten/ dem er die Wehrung anvertrauet.

An a rubrica argumentum firmum duci possit?

Thes. IX.

Cum autem dicatur in Statuto, *quocunque quis modo rem voluntarie dimittat*, necessarium est, ut illorum modorum primarios speciatim recenseamus. Et primum quidem expresse Statuta nostra idem obser-

Statutum obtinet in pignore rei mobilis.

vari-

vari volunt in pignore rei mobilis. Verba ita sonant *in Part. 2. Tit. 4. Art. 2.* Wann ein Gläubiger in seines Schuldners beweglichem Guth Verpfändung hat/ und ihm doch dasselbe in seinen Gewehren gelassen/ der Schuldner aber immittelst/ ehe dann der Zahlungs-Termin kommen/ solche verpfändete Haabe verhandelt/ oder in andere Hände gebracht/ so wollen Wir/ daß auf den Fall/ zu Beförderung gemeiner Handthierung und Vermeidung beschwerlicher Disputation, der Gläubiger die verpfändete bewegliche Güter von denen Personen/ die sie mit gutem Glauben und richtiger Ankunfft erlanget/ wiederum abzufördern nicht befugt seyn solle. Ex admonitione Centumvirorum hunc articulum contra jus commune approbatum scribit Straccha, *de Decoctorib. Part. ult. num. 11.* nam cum jus commune mercatoribus durum hic videatur, ideo posteriorem Creditorem hoc casu, cum res tradita est, priorem faciunt. Et Amplissimus Dn. Ericus Woerdenhoff *ad Part. 2. Tit. 4. Art. 2.* monet, ita pronunciatum esse anno 1519. in vigilia Martini, in superiori judicio: Dieweil Arend Paulsen die Pfänder M. Hans Sendt überliefert/ so wäre er näher dabey zu bleiben/ als die andern Creditores ihn abzugewinnen: was sie aber besser/ soll restituiret werden. Pariter Magnific. Dn. Vincentius Müllerus quoque *ad eund. Art.* aliud præjudicium profert, in causa appellationis Henrici Brüssers & Nicolai Hilcker appellantium, contra Creditores Post/ 17. Dec. anno 1611. Daß Heinrich Brüsser/ weil er die verpfändete Ochsen in seiner Gewehr gehabt/ und die daraus gelösete 1000. Mk. in Händen/ in denen bey sich haben-

idque probatur præjudiciis.

habenden 1000. Mk. denen andern Gläubigern zu præferiren. Et Mevius *ad Jus Lubecense*, *Part. III. Tit. 2. Art. 2.* commemorat, cum tutor ex arca tutelari, in qua res pupilli conservabantur, insciis contutoribus chirographum desumtum alii suo nomine oppignorasset, creditorem bona fide accipientem ab his conventum in judicio Lubecæ fuisse absolutum, reservata contra tutorem oppignorantem actione. Neque profecto iniquum est, si debitor rem mihi oppignoratam me volente retinuit in sua potestate, deinde vero eam justo pignoris vel emtionis titulo in alium transtulit, ut hujus novi possessoris possesio confirmetur, ego vero ejus, quem semel elegi, fidem sequi cogar. Non autem prætereundum esse duco, quod etsi novum emtorem, verbi gratia, in possessione tueatur Statutum nostrum, perimatque adeo jus hypothecæ alteri competens, tamen si res oppignorata, quæ venditur, sit servituti alicui obnoxia, ea non interire, sed ad novum possessorem transire videatur. Nam creditori quidem objici potest, quod fidem debitoris sui, quem elegerit, sequi debeat: domino autem prædii dominantis nihil vitio dari potest, quia is plane non est his implicitus. Itaque placet mihi hic illud axioma Juris Civilis, rem transire cum sua causa, præterquam si aliquid nominatim sit constitutum. *L. 67. ff. de contr. emt. vendit.* Beyer. *ad tit. ff. de usur. posit. 48.* Jam nominatim quidem constitutum est, quod jus pignoris non transeat, sed de servitute altum est silentium, neque ratio juris ad hunc casum quadrat, ut dixi. Illud quoque quæritur, annon per clausulam aliquam prospi-

An vi Statuti etiam servitus rei oppignoratæ perimatur, æque ut pignus ipsum?

An vi Statuti possit eludi per

clausulam constituti possessorii? spicere sibi creditor adversus fraudem debitoris ejusmodi queat, ita ut vi ejus clausulæ habeat salvam persecutionem hypothecæ adversus tertium? Sunt, qui putant, id effici posse per clausulam constituti possessorii. Chassan. *ad consuetud. Burgund. Tit. 5.* Christin. *ad Statut. Mechliniens. Tit. 7. §. 8.* nam in tali casu creditor remediis possessoriis uti, & mandatum manutenentiæ impetrare potest in bonis hypothecatis. Stryck. *de Cautel. Contract. Sect. 1. cap. 5. §. 24.* Anton. Faber *in Cod. Sabaud. lib. 7. tit. 7. def. XI.* Georg. Werner. *de jur. constitut. possessor. thes. 15.* At me alio vocat tum generalis ratio juris nostri, **da einer seinen Glauben gelassen / da muß er ihn wieder suchen /** tum illa specialis in hoc articulo contenta, **zu Vermeidung beschwerlicher** *Disputation.* Utraque enim commento constituti possessorii obstat: prior ideo, quia & hic mihi objici potest, me fidem constitutarii secutum esse; posterior ideo, quia hoc casu multo magis difficiles disputationes oriuntur, super vi & potestate constituti possessorii, quæ cessant, ubi constitutum nullius est effectus. Cœterum si bona immobilia sint, aliud disponitur: **In unbeweglichen Gütern aber /** ita porro sonant verba, **soll dem Gläubiger sich an die verpfändete Güter / unangesehen / daß sie in andere Hände** transferiret/**wofern die rechtliche Gewehr/oder** præscription, **darüber nicht verflossen / zu halten unbenommen seyn.**

Statutum non obtinet in hypotheca rei immobilis. Scilicet hic facilius e[illegible]tor explorare potest, quænam conditio bonorum venditorum sit: nam cum jure nostro immensa fere privilegia sint hypothecæ judicialis, *Part. II. Tit. 5. Art. 1. 7. & 12,* probabile est, homines

pruden-

prudentes non facile aliquid alicui mutuum daturos, nisi bona sua immobilia coram judicio hypothecæ supposuerit. Si autem hoc factum est, jam novus emtor ex assessoribus & actuariis judicii nullo negotio poterit intelligere, sintne hæc bona hypothecata, an minus.

Thes. X.

Offert hic sese adhuc alia quæstio non indigna, quæ decidatur, scilicet hæc, an locus sit Statuto nostro in hypotheca tacita, qua debitoris bona creditori obligantur, non per conventionem voluntariam, sed per jussionem aut præsumtionem legis? Lex enim ad hypothecam legalem inducendam requiritur. *L. 1. C. commun. de legat.* Ego puto, Statutum tantum loqui de hypotheca expressa; ita enim verba habent: **Wenn ein Gläubiger in seines Schuldners beweglichem Gut Verpfändung hat / und ihm doch dasselbe in seinen Gewehren gelassen.** Hæc verba sunt ejusmodi, ut ad hypothecam tacitam trahi posse non videantur. Nam in hypotheca tacita semper res, quæ obligata est, in potestate debitoris manet, ut adeo imprudenter fecissent legislatores nostri, si hypothecæ tacitæ talem conditionem adjecissent, quæ ipsi jam inest sua natura. Sed supersunt & alia argumenta, quæ negativam decisionem hujus quæstionis persuadent. Primum (1) est, quia, si Statutum ad hypothecam tacitam produceretur, ea hypotheca tota inanis & irrita redderetur. Ecce, fisco data est hypotheca talis in bonis administratorum, *L. 1. C. de jur. fisc.* ut & eorum, quibuscum contraxit. *L. 2. C. in quib. caus. pign. tac.*

Neque in hypotheca tacita.

 contrah.

contrah. Argum. *L. 8. ff. qui potior. in pignor.* nec non in bonis civium pro tributis, ac censu, *L. 7. ff. de Publican.* Pupillis ac minoribus data est talis hypotheca in bonis tutorum, ac curatorum. *L. 20. C. de off. administrat. tut.* Mulieri quoque data est talis hypotheca in bonis mariti, tam pro dote ipsa, quam ejus augmento, *L. un.* §. *1. C. de rei uxor. act.* data est aliis quoque. Jam ponamus, debitoris fiscalis, tutoris, mariti, substantiam maxima ex parte consistere in bonis mobilibus, de quibus Statutum nostrum tantum loquitur; nonne si illi sua bona vendiderint, hypothecæ nullius erunt effectus, si Statutum ad hunc casum extendatur? Nam nihil praeterea possident, ad quod regressum suum creditores habere possint; quae autem habebant, alienata sunt, & ita quidem, ut non transierint cum sua causa, sed sine ea. Igitur ut haec absurditas evitetur, statuendum est, opinor, in hypotheca legali Statutum cessare. Sequitur (2) alterum argumentum. Statuta hypothecas tacitas agnoscunt, imo earum numerum augent, quod utique jure fit; nam necessarium non est, ut hypotheca tacita ex legis Romanæ dispositione descendat, sed leges hodiernæ sufficiunt, cum utique leges nostræ tam leges sint, quam Romanæ. Beyer *ad Tit. ff. in quib. caus. pign. Posit. 1. lit. e.* Si autem Statuta hypothecam tacitam agnoscunt, debent etiam agnoscere effectum, alias enim fatua forent; effectus autem, ut dixi, nullus est, si bonis a debitore venditis extinguitur, nec ad tertium possessorem transfertur. Denique (3) major est potestas legis, quam conventionis; Ergo & leges suo pignori

majorem

majorem firmitatem conciliare possunt, quam homines privati. Atque hæc argumenta sufficiant.

Thes. XI.

An Statutum obtineat in fraudulento institore?

Porro controvertitur, an hoc Statutum locum habeat, si mercator ad institorem, vel *Factorem* suum, mercem mittit, & is debitori suo eam oppignorat, ita ut dominus mercis non ab eo, cui oppignorata est, eam repetere possit, sed cogatur actionem suam contra mandatarium, vel factorem, instituere? Ad quam quæstionem, si jus Romanum spectamus, negative omnino respondendum erit: nam sicuti procurator, quatenus formam mandati excessit, eatenus procurator esse non intelligitur, *L. 33. mandat.* adeoque contrahentes cum tam infideli procuratore nullam adversus mandantem sibi actionem acquirunt, mandanti potius libera est rei suæ vindicatio, *L. 1. §. 3. ff. de exc. rei vend. L. 5. §. 3. & 4. ff. Mandat. L. 12. C. eod.* ita similiter res in institore se habet, quoties ille regulam præpositionis suæ transgressus est. *L. 19. §. 3. L. 11. §. 5. de instit. act. cum simil.* Huld. ab Eyben *disp. prior. de Factor. cap. 10. num. 2. quæ est in ejus operibus, pag. 279. seqq.* Verum ad forum nostrum descendentibus aliter animus auresque consuefaciendæ sunt. Nam dimisisse me mercem ex potestate mea non invitum constat; si igitur institor eam tertio bona fide accipienti oppignoraverit, omnino contra institorem tantum agere possum, non contra tertium; id enim concluditur ex verbis Statuti nostri. Accedit consentiens praxis Batavorum: apud hos enim etiam viget paroemia juri

nostro non dissimilis: Meubelen en hebben geen Gevolge/ id est, *Mobilia non habent sequelam*, ex qua hanc propositionem formarunt: si institor merces sibi creditas contra domini voluntatem vendiderit, vel creditori suo oppignoraverit bona fide accipienti, vel nulla domino adversus possidentem persecutio datur, sed adversus institorem suum experiri debet, vel ita demum persecutio adversus creditorem institoris datur, si paratus sit pignus luere oblato debito. Neostad. *Cur. Suprem. Holland. decis.* 85. Anton. Matthæi *de auction. lib. I. cap.* 18. *num.* 9. & *paræm. Belg.* 7. *num.* 7. Voet. *ad Tit. ff. de instit. act.* §. 4. Et adjuvatur hæc propositio per commune brocardicum, quod in foro mercatorum procedatur summarie, atque ex æquo & bono, nec disputetur de apicibus juris, quod communiter approbatur ab omnibus. Zas. *Volum.* 1. *Consil.* 15. *num.* 53. Gail. 2. *Observ.* 27. *num.* 27. Klock. *Volum.* 3. *Consil.* 135. *num.* 144. In foro autem Hamburgensi eo minus de veritate hujus sententiæ dubitare convenit, quoniam Magnificus Dn. Vincentius Müllerus *in Not. ad Part. II. Tit.* 2. *Art.* 7. testatur, ita judicatum esse in causa Arend Mattießen contra Nicolaum Behrens/ 27. Januar. 1612.

Thes. XII.

Statutum non obtinet in locatione conductione, secus ac putarunt viri docti.

In locatione conductione an locus sit Statuto nostro? dispiciamus. Exempli gratia, Mevius Titio aurifabro poculum argenteum dedit deaurandum, aut reparandum, Titius autem Cajo illud oppignorat, an Mevius suum recuperare a Cajo potest, utrum vero a rei vindicatione excluditur? Excludi jure Hamburgensi

gensi putat Antonius Matthæi, *parœm. Belg. 7. num. 7. Si rem*, inquit, *tuam mobilem alii commodaveris, LOCAVERIS, isque vendiderit tertio bona fide accipienti, transit in eum dominium, denegata tibi rei vindicatione, licet absque tuâ voluntate alienata sit; ita Saxonibus, & nominatim Lubecæ, HAMBURGO placuisse tradit Mevius ad jus Lubecense Part. III. Tit. 2. Art. 1. & 2.* Hucusque Matthæi. Eum sequitur Johannes Strauchius, *de oppignorationibus rerum imperii* §. *14.* & Stryckius, *in Us. Modern. ad Tit. de rei vindicat.* §. *7.* Sed apud Mevium, cujus autoritate utitur Matthæi, ne verbum quidem exstat *de LOCATO;* Et quomodo posset Mevius hoc dicere, cum *in Jur. Lubecensi Lib. 3. Tit. 8. Art. 17.* expresse contrarium constitutum sit, nempe, ut si opifex materiam seu rem faciendam acceptam vendiderit, aut oppignoraverit, dominus ejus vindicandæ potestatem habeat a quovis possessore, nec huic aliud, quam manus pretium, das Macher-Lohn/ solvere teneatur. Et eodem modo jus Hamburgense quoque hunc casum definivit, *Part. II. Tit. 9. Art. 18.* his verbis: Wird ein Handwercks-Mann dasjenige/ so ihm zu arbeiten anvertrauet/ verkauffen oder versetzen/ so ist derjenige/ dem das Zeug zukömmt/ näher dabey zu bleiben/ dann der/ welchem das Zeug verkaufft oder versetzt ist/ und darff demselbigen/ bey welchem er sein Zeug findet/ nicht mehr als das Macher-Lohn/ so daran verdienet ist/ bezahlen. De ratione hujus juris, & quare diversum in locato placuerit, video disceptari. Ego cum nihil certi habeam, ad conjecturas delabor, quas confirmare fortassis possem, si mihi per longin-

quitatem

quitatem loci daretur, veteres Codices Statutorum nostrorum excutere. Prorsus enim mihi persuadeo, hanc de locato additionem novam esse, & eo demum adjectam tempore, quo jus Romanum cristas erigere, & jus Germanicum de solio suo dejicere cœpit; nam differentiæ ratio inter locationem, & cœteros contractus nulla facile assignabitur, per quam evincatur, quod in commodato, pignore, &c. fidem debitoris mei sequi debeam, non autem in locato. Cœterum ita lex scripta est, decetque adeo Jurisconsultos eam sequi, non autem in rationem ejus scrupulose inquirere.

Thes. XIII.

Statutum obtinet in deposito. Sed in deposito Statuti vim se exerere, Interpretes juris patrii, Viri Gravissimi Dn. Henricus Meürer / & Dn. Nicolaus von der Fechte statuunt, quorum hic propterea deponentem admonet diligentiæ, ut sedulo antea depositarii sui conditionem exploret; nam si depositarius, verbi causa, cistam clausam aperiret, & pretiosa quædam interverteret, non possem, *inquit*, eam rem a tertio bonæ fidei possessore vindicare. Hoc testimonium Viri in rebus agendis versatissimi nobis sufficere potest, etsi cœteroquin de praxi Lubecensi contrarium afferat Marquardus, ut dixi *thes. 8. pr.* Attamen hoc tantum intelligi volo de deposito voluntario, non de miserabili. *non tamen in deposito miserabili.* Dicitur enim in Statuto, si quis rem cum voluntate sua dimiserit, wenn er sie mit seinem Willen aus seinen Gewehren lässt/ tunc cessare rei vindicationem: quod de eo, qui tempore tumultus, incendii, ruinæ, deponit, dici fere non potest; nam qui

qui tali necessitate coactus deponit, is omnino mallet, si necessitas abesset, non deponere. Deinde nec illud commode de ejusmodi deponente affirmatur, quod depositarii fidem secutus fuerit; quippe cum nullum ipsi tempus hunc illumve præ alio potius eligendi suppetierit. Denique depositum miserabile alias privilegiatum est, præcipue, quod ex inficiatione lis crescat in duplum. *L. 1. §. 1. ff. deposit.* id quod specialiter quoque jure nostro receptum est, *Part. II. Tit. 3. Art. 17.* Ergo neque hic mirum videri debet, meliorem esse depositi miserabilis, quam voluntarii, conditionem.

Thes. XIV.

His omnibus, quæ hactenus dicta sunt de domino a rei vindicatione excluso, videtur obstare *Art. 8. Tit. 8. Part. II.* qui Articulus eo magis observandus est, quia quotidie in praxi ita respondetur. Verba ejus sunt hæc: Welcher Mann etwas kaufft/der sol sich versehen/ und eigentlich wahrnehmen/ was und von wem Er kaufft. Dan wan ein Gut gestohlen/ geraubet und abgetragen ist/ und der rechte Herr deßelbigen kömt/ und glaubwürdige Anzeige thut/ daß solches Gut sein gewesen/ und noch sei/ so mag Er daßelbige mit Vorwißen des Richters ohne alle Entgeltniß und Bezahlung des ausgegebenen Kauff-Geldes wiederum an sich nehmen. Duo enim dubia ex hoc Articulo formari possunt. Primum ex verbo: abgetragen. Nam si quis rem suam alteri ex commodato, vel alio modo, tradat, & is illam vendat vel oppignoret, recte dici de eo videtur, daß Er es dem commo-

Removetur objectio.

 mo-

modanti abgetrogen. Deinde nulla apparet ratio diversitatis, quare dominus non sit a rei vindicatione exclusus, si rem, quæ ipsi furto ablata erat, alter bona fide emerit, sit autem exclusus tunc, cum ea res non ex ejus domo, sed ex commodatarii custodia direpta est. Verum ut ad primum respondeamus, concedimus quidem libenter, quod commodatarius dolose agat, rem commodatam alienando; sed in nostro Articulo per verbum abgetrogen/ non intelligitur quilibet dolus, sed talis, qui tunc intervenit, cum res ex alterius potestate ablata est; dolus autem commodatarii ex postfacto demum accidit, non statim eo tempore, quo res commodata fuit. Ergo quanquam dicere de commodatario tali possimus, quod fraudulenter in re commodata versatus fuerit, & præter officium boni viri, non possumus tamen de eo dicere, quod dolose rem commodatam commodanti extorserit, daß Er Sie ihm abgetrogen/ quam potius alter libenter ipsi tradidit. Ad alterum respondemus, apparere omnino rationem diversitatis inter hos duos casus, quod dominus rei vindicationem habeat in re, quæ ipsi per fures subtracta est, & quod eam non habeat in re alteri commodata, quam ille commodatarius vendidit. Ea ratio non est alia, quam illa generalis Statuti nostri *in thes. 5.* explicata, nempe hæc: da einer seinen Glauben gelaßen/ da muß er ihn wieder suchen. Hoc objici potest domino, qui rem alteri commodavit; non potest objici domino, cui fur suum abstulit: is enim nullius fidem secutus est, sicut prior ille fecit. Nam *in Parte II. Tit. 2. Art. 7.* exclu-

excluditur dominus a rei vindicatione, si rem dimisit cum sua voluntate; mit seinem Willen: at *in hoc Articulo octavo* sermo est de casu, si domino res citra suam voluntatem surripitur.

Thes. XV.

Coeterum notandum est maximopere, quod quemadmodum in Saxonia, ut supra *thes. 4.* diximus, multi constitutionem juris nostri pati non potuerunt, ita & in Republica nostra, pariter extiterint, quibus ea dura & iniqua visa fuerit. Communicavit enim mecum vir Magnificus atque Excellentissimus, quem antea nominavi, quemque iterum, ut merita illius in me postulant, honoris causa nomino, Dn. Wincklerus, Correctiones Statutorum Hamburgensium, ex quibus ejusmodi quid firmiter concludo. His correctionibus præfatio præfixa est, nomine Consulum & Senatus concepta; interea me latet, quo anno sint editæ? num a civibus approbatæ? an habeant vim legalem? & an in foro observentur? quas quæstiones, quia procul patria constitutus sum, indecisas nunc relinquere oportet. Verba autem correctionis ipsius *ad Part. II. tit. 2. Art. 7. vers:* der es erstlich verliehen/ hæc sunt: So mag/ der es erstlich verliehen/ daßelbige Gut/ wo er es findet/ ohne Unterscheid/ condiciren und vindiciren/ und wann er den Eigenthum erwiesen/ ist der Innhaber ihm daßelbige als ein gestohlnes Gut ohne Entgeld zu restituiren schuldig: doch soll solches ferner nicht/ als in dem ersten Besitzer statt haben: da aber derselbe von dem Zuspruch/ bona fide, und unwißend/ daß es mit dem Gute solche Be-

De correctione Statuti P. II. Tit. 2. Art. 7.

schaffenheit habe / daßelbe alienirt / mag er wegen der Kauff-Gelder nicht belanget werden / wie den auch der andere folgende possessor, wo er bona fide selbes Gut erlanget / von allen Anspruch entfreiet bleibet. Da er aber auch den Entlehner oder deßen Erben deswegen zu belangen gemeinet / sol ihm gebührlich Recht ertheilet werden. Ex his verbis satis perspicimus, quatenus Statutum nostrum, quia nimis rigorosum visum fuit, mitigatum sit, ita nempe, ut dominus non omnino excludatur a rei vindicatione, sed hoc tantum casu, si a primo bonæ fidei emtore res iterum alienata, & ad secundum pariter bona fide translata fuerit, non autem, si adhuc extet apud primum emtorem. Quilibet videt, hanc emendationem ideo placuisse, quia blanditur specie æquitatis, quæ tamen revera non adest. Quis enim excogitabit sufficientem aliquam rationem diversitatis, quare illud injustum sit, quod dominus excludatur a rei vindicatione per primum emtorem, illud autem justum, quod per secundum emtorem facultate rei vindicationem instituendi privetur. Et tamen huc tendit tota Statuti correctio, quæ vult, ut contra primum possessorem realis actio institui possit, non autem contra secundum. Neque mihi satisfacit ratio, quam Vir doctus pro justificanda correctione adduxit *in Notis ad eam*. Is putat, primum possessorem sibi imputare debere, quod non melius inquisiverit in conditionem illius, cum quo contraxerit, hanc autem culpam non posse imputari secundo possessori, qui causam ab ipso non habuerit. At profecto, si aliqua culpa est primi posesso-

sessoris, eadem erit & secundi. Primus possessor, inquit, debuit inquirere in conditionem commodatarii, rem alienam distrahentis; sed Resp. nullam fraudem suspicatus est; fuit enim in bona fide. A secundo possessore, *ita pergit*, tale quid requiri non debet, is enim non contraxit cum commodatario; sed Resp. etsi non contraxit cum commodatario, contraxit tamen cum tali, qui non majus habet jus, quam commodatarius. Aut itaque omnes possessores, sive primi sint, sive secundi, tuti esse debent, ut dominis denegetur contra eos rei vindicatio, aut nulli: causa certe non est, quare secundis possessoribus plus tribuamus, quam primis. Hoc meum est judicium de correctione Statuti, eam scilicet cum regulis æquitatis non omnino convenire. Coeterum quid in praxi obtineat, an secundum Statutum ipsum, utrum secundum correctionem ejus judicetur, jam antea professus sum, me nescire.

Thes. XVI.

Quemadmodum autem per hanc correctionem domini commodantis melior facta est conditio, ita e contrario in correctione *Partis II. Tit 4. Art. 2.* creditori plures difficultates objectæ sunt. Diximus nempe supra, *thes. 9. in f.* quod hypotheca in bonis immobilibus constituta inhæreat rei, & nostro etiam jure transeat ad quemcunque boni oppignorati possessorem, indistincte, possitque adeo creditor adversus eum agere hypothecaria, nisi præscriptio accesserit. Sed in correctione aliæ adhuc conditiones adduntur his verbis: Wofern der Gläubiger beweisen *Correctio Statuti in Part. II. Tit. 4. Art. 2.*

 wird/

wird / daß der debitor zur Zeit der hypothecation solch Gut als sein eigen besessen / wie auch der principalis debitor, und wo er Bürgen gestellet/ auch dieselbe gebührlich excutirt und unzahlbahr befunden. Ex quo apparet, cum secundum Statutum creditori jus suæ hypothecæ in bonis immobilibus fundatæ persequi liceat adversus quemlibet possessorem, sine ulla restrictione præter præscriptionis exceptionem; id valde limitari in correctione Statuti, in qua additur, ut creditor actione hypothecaria adversus tertium possessorem usurus demonstret, debitorem tempore oppignorationis bonum oppignoratum jure dominii vel quasi possedisse: quæ probatio quam sit difficilis, abunde constat, & explicavit ex instituto Magnificus Dn. Schroeterus, *Disput. de probatione dominii*; ut adeo hæc conditio creditori injuncta, de dominio debitoris sui, maxime difficilis sit. Sic illud quoque ad incommodum creditoris spectat, quod prius excutere jubeatur debitorem principalem, nec hunc modo, sed fidejussores quoque, si qui obligationi accesserint; id enim prorsus finem, quem alter hypothecam flagitando intendit, perimit: quandoquidem hac ipsa de causa pignoribus datis nobis cavere solemus, ut, si forte debitor in mora solvendi sit, nos sine ambagibus nostrum consequamur; quia expedit pignori potius incumbere, quam in personam agere. §. 16. *Instit. de oblig. quæ ex del. nasc.* Coeterum an in praxi nostra ad hanc correctionem respiciatur, æque cum ignarissimis scio.

Commodatarium non esse dominum jure Hamburgensi.

Thes. XVII.

Ad extremum occurrendum est vulgari errori, quo

quo multi imbuti sunt, Statutum nostrum non recte interpretantes. Inferunt enim ex eo, quod jure nost. o dominium rei commodatæ & depositæ in commodatarium & depositarium transferatur. Ita sentiunt Wesembec. *ad Tit. ff. Commod. num. 7.* Schultz. *Synops. Instit. ad Tit. Q. M. R. C. O. num. 6.* Treutler. *Volum. I. disp. 24. thes. 2. lit. g.* Carpzov. *Part. 2. const. 26. def. 5. num. 2.* Verum eos refutant Mevius *ad Jus Lubecense Part. III. tit. 2. Art. 2.* Schilterus *Exercit. 25. §. 3.* Kress. *spec. Jurispr. forens. lib. 3. tit. 10. §. 5. in Not.* Nam in dubio nunquam dominium translatum judicatur, quia res est facti, quæ probatione indiget, *L. 16. C. de probat.* at si contractum commodati vel depositi respicimus, statim patet, naturam horum contractuum non pati, ut dicamus, eo tempore, quo initi sunt, contrahentes de dominio transferendo cogitasse. Deinde textus Juris Germanici a Schiltero & Kressio adducti repugnant. Denique hac ratione, si verum esset, commodatarium fieri dominum, Statuti nostri magna pars inutilis redderetur & frustranea foret. Efficiam clarissime, ut id omnes intelligant. Sententia Statuti nostri hæc est, dominum a rei vindicatione excludi, si commodata res ex manibus commodatarii ad tertium aliquem pervenerit, sive ipse commodatarius eam fraudulenter alienaverit, sive alius commodatario eam surripuerit, & inscienti tertio vendiderit. Habemus autem & aliud Statutum *Thes. 14.* adductum, cujus vi dominus habet rei vindicationem, eo casu, quo res ipsi a fure erepta fuit. Jam si commodatarius est dominus rei commodatæ, illaque res ipsi a fure aufertur, poterit ipse rei vindicationem instituere adversus tertium possessorem, vi Statuti *Thes. 14.* citati, & sic Statuti *Thes. 2.* allegati, ad quod commentatio nostra pertinet, bona pars vana erit, & sine effectu: illa scilicet pars, qua constituitur, ut neque tum rei vindicatio contra tertium possessorem obtineat, quando res commodatario surrepta est. Non autem patitur reverentia, quam Legislatoribus debemus, ut statuamus,

eos

eos scrupulose aliquos casus decidisse, qui tamen nunquam in praxi obventuri sint; id enim hominis fatui foret, non sapientis. Superest adhuc aliud argumentum, quod ostendit, commodatarium jure Hamburgensi non censeri esse dominum; nam si pro domino haberetur, deberet etiam ferre periculum & casum fortuitum in re commodata contingentem, propter regulam: *res perit suo domino*; at vero, quod non praestet casum fortuitum, diserte exprimitur *in Part. II. Tit. 2. Art. 5.* his verbis: Würde aber nun über solchen angewendeten gebührlichen Fleiß/und in dem Gebrauch/dazu es ihm geliehen worden/aus unversehenem unglücklichem Zufall/ einig Schade beschehen/ ist der Entlehner zu Erstattung deßelben nicht verbunden; etsi diffiteri non possum, in hoc sequi Statuta nostra Jus Romanum, & Jus Germanicum deserere, secundum quod commodatarius damnum, quod casu fortuito in re commodata accidit, ferre jubetur. *Spec. Saxon. lib. 3. art. 5.* de cujus justitia varie disputatur, cum alii Jus Romanum praeferant, ut Dn. Leyserus, *Collat. Jur. Saxon. & Roman. disp. 2. §. 9. & 10.* & Dn. Gribnerus, *peculiari disputatione, de aequitate legum Romanarum circa periculum rei commodatae*, alii autem Jus Germanicum, ut Grotius *de Jure B. & P. lib. 2. cap. 12. § 13. num. 1.* Pufendorffius *de Jure Nat. & Gent. lib. 5. cap. 4. §. 6.* & Schilterus *Exercit. 25. §. 16.* quam controversiam nunc meam non facio.

Jure Germanico commodatarius casum praestare debet; re-

Et haec sufficiant de hoc paradoxo Juris Hamburgensis, quo dominus a rei vindicatione excluditur. Si non omnia dixi, quae dici de hac materia poterant, puto tamen, me nihil eorum, quae dici debebant, praeteriisse. Allegationibus superfluis Autorum omnino abstinendum esse duxi, memor ejus, qui dixisse fertur: *legem quaerere, ubi est ratio naturalis, esse infirmitatem intellectus*, apud Surdum *de aliment. Tit. 1. Qu. 45. num. 58.* Si ab aliis dissentiendum fuit, feci id modeste, & ita, ut ipse quoque mecum agi vellem, si cui nostra minus se probabunt.

S. D. G.

